

## OS PRINCÍPIOS COMO FATORES DE MOBILIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

Paulo José Leite Farias<sup>(\*)</sup>

*"O Direito não pode nunca se expressar em leis de um modo exaustivo, porque não é uma soma de disposições abstratas, mas o espírito objetivo do povo." (LARENZ, Karl. "La filosofía Contemporanea del Derecho y del Estado" Tradução por Galán Gutierrez e Truyol Serra. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956, p. 182.)*

*1 — A natureza jurídica dos princípios. 1.1 — Os princípios e o ordenamento jurídico. 1.2 — A distinção qualitativa entre princípios e regras no contexto do debate de Dworkin e Hart. 2 — Metodologia sistêmica: expressão da racionalidade da dogmática jurídica. 2.1 — Metodologia sistêmica: identificação da correlação das partes com o todo. 2.2 — A teoria geral dos sistemas. 2.3 — Sistema e racionalidade: a validade sistêmica da norma na abordagem de Aulis Aarnio. 2.4 — A função sistêmica da dogmática jurídica no processo de decisão na visão de Niklas Luhmann. 3 — Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico. 3.1 — O sistema móvel no conceito de Wilburg. 3.2 — A codificação como tentativa de criação de um sistema jurídico do tipo fechado. 3.3 — A retomada do sistema aberto no fim do século XIX mediante a utilização de princípios. 3.4 — O perfil dinâmico dos princípios. 3.5 — A flexibilidade do ordenamento apropriada pelos princípios. 4 — Os princípios como instrumento de calibração do sistema jurídico. 4.1 — A noção de regra de calibração no sistema jurídico. 4.2 — A modificação endógena do ordenamento jurídico.*

Ao acentuar a diferença ontológica entre princípio e regra, Canotilho (1993:166) sugere uma série de critérios, entre os quais se destaca o *grau de abstração*: princí-

---

(\*) Promotor de Justiça Adjunto do MPDFT

prios são normas com um grau de abstração elevado, enquanto as regras possuem menor grau de abstração.

Essa distinção mostra-se de suma importância, principalmente se encarmos o sistema jurídico como “um sistema normativo aberto de regras e princípios” (1993:166).

Constituindo o sistema normativo, *regras e princípios* são dois componentes susceptíveis de uma diferenciação qualitativa. Entre ele não há apenas uma diferença de grau quanto à generalidade, conforme supõe o critério *grau de abstração*. Ao contrário, de acordo com inúmeros estudos doutrinários, há diferenciação ontológica expressiva para a compreensão da funcionalidade de cada um dos distintos tijolos que edificam o sistema jurídico.

Em face da necessidade de síntese dessa ampla temática, mostra-se o elucidativo resumo da obra de Canotilho (1993:167):

“Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica. Os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se.

Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois, se uma regra vale (tem validade), deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou *standards* que, em ‘primeira linha’ (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias.

Os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).”<sup>(1)</sup>

---

(1) Nessas importantes assertivas, Canotilho segue ensinamentos de: ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 75 e ss; DWORKIN, *Taking rights seriously*, p. 116 e ss; ZAGREBELSKI, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, p. 108.

Segundo esse resumo, a lei apresenta-se tão-só como o primeiro e menor elo da encadeada e sistemática corrente jurídica, da qual fazem parte, até como garantia de sua existência, os princípios, sem cuja predominância hierárquica e finalística o sistema sucumbe, vítima da entropia e da contradição. Vale dizer, a unidade só é assegurada por obra do superior gerenciamento teleológico, patrocinado pelos princípios e valores constituintes da ordem jurídica.

Nesse trabalho, almeja-se apreciar a diferenciação entre regras e princípios de um ponto de vista funcional: *os princípios como elemento sistêmico ensejador da porosidade do sistema jurídico às mudanças da realidade*. Em outras palavras, *os princípios contribuem para a mobilidade do sistema jurídico, adequando o ordenamento às mudanças fáticas*. Para tal ambicioso desiderato, procuram-se aprofundar, nas unidades iniciais, as noções de “princípio” e “sistemas”<sup>(2)</sup>, a fim de correlacioná-las, indicando a importância desses conceitos na dogmática jurídica vista sob a perspectiva de uma tecnologia.<sup>(3)</sup>

Por fim, ressalta-se a necessária plasticidade do sistema jurídico à realidade fática, mediante a chamada regra de calibração (*feedback* ou *retroação* extraída da ciência cibernética).<sup>(4)</sup>

Nesse sentido, observa-se, na jurisdição constitucional, de forma exemplificativa, a importância das circunstâncias fáticas (elementos externos ao sistema) na

(2) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, pp. 77/78: “O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativo se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais”

(3) FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. [S.L.]: Atlas, 1996. p. 87: “Deste modo, podemos dizer que a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma *tecnologia*. Sendo um pensamento conceitual, vinculado ao direito posto, a dogmática pode instrumentalizar-se a serviço da ação sobre a sociedade. Neste sentido, ela, ao mesmo tempo, funciona como um agente pedagógico — junto a estudantes, advogados, juízes, etc. — que institucionaliza a tradição jurídica e como um agente social que cria uma ‘realidade’ consensual a respeito do Direito, na medida em que seus corpos doutrinários delimitam um campo de solução de problemas considerados relevantes e cortam outros, dos quais ela desvia a atenção” (grifo nosso).

(4) A cibernética é a ciência que estuda as teorias e técnicas de controle da comunicação entre seres vivos e máquinas ou entre estas. O termo deriva do grego *kybernetike*, atribuído o seu primeiro uso a Teseu, herói da mitologia grega, que utilizara para denominar a atividade dos marinheiros que o conduziram pelo mar Egeu à ilha de Creta, local onde enfrentaria o Minotauro. O mesmo termo foi utilizado por Platão, com sentido da arte de dirigir homens ou governar. No século atual, cientistas como Norbert Wiener e Stafford Beer, nas décadas de 40 e 50, respectivamente, enunciaram a cibernética como uma ciência que permite uma abordagem sistêmica de qualquer outra ciência. A cibernética é, pois, uma teoria dos sistemas de controle embasada na comunicação (transferência de informação) entre o sistema e o meio (influência exógena) e dentro do sistema (influência endógena), e, também, de controle (retroação) da função dos sistemas com respeito ao ambiente.

análise da constitucionalidade de uma norma. Exemplificando essa questão, o *Informativo* 56 (de 2 a 6 de dezembro de 1996) do Supremo Tribunal Federal noticia decisão na ADIn 1.504-RS, Rel. Min. Moreira Alves, de 05/12/96:

“Uma norma que, no momento de sua edição, seja constitucional pode vir a tornar-se inconstitucional em virtude da ocorrência ou inoccorrência de um fato. Foi o que ocorreu, aparentemente, com preceitos, constantes de diversas leis, criadores de municípios no estado do Rio Grande do Sul, que previam a instalação dessas novas entidades em 1º de janeiro de 1997, na suposição de que, até final de 1996, prefeitos, vice-prefeitos e vereadores estariam eleitos. Sucede que, por força de decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, as eleições acabaram não se realizando, tornando inviável a instalação dos municípios na data prevista pelos dispositivos impugnados, dada a impossibilidade de cumprir o que determina o art. 29, III, da CF (‘posse do Prefeito e do Vice-Prefeito no dia 1º de janeiro do ano subsequente ao da eleição’). Julgando, portanto, que as mencionadas normas se tornaram, à primeira vista, inconstitucionais, o Tribunal decidiu, por unanimidade, deferir, no ponto, a medida cautelar requerida na ação direta ajuizada contra essas e outras leis do referido estado. ADIN 1.504-RS, Rel. Min. Moreira Alves, de 05/12/96.”

Entretanto, no âmbito sistêmico *interno*, também as normas jurídicas não estão desligadas umas das outras, mas estão em uma conexão multimoda uma com as outras, consoante ensinamento de Karl Larenz (1983).

Desse modo, o ordenamento jurídico<sup>(5)</sup>, no seu conjunto, ou pelo menos, em grande parte dele, está subordinado a determinadas idéias jurídicas diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe, hoje, o escalão de Direito Constitucional. No dizer do professor de Munique<sup>(6)</sup>:

---

(5) Consoante ensinamentos de Ferraz Júnior, *op. cit.*, p. 175: “Um ordenamento, como sistema, contém um repertório, contém também uma estrutura. Elementos normativos e não-normativos (repertório) guardam relações entre si. Por exemplo, quando dizemos que as normas estão dispostas hierarquicamente, umas são superiores, outras, inferiores, estamos pensando na sua estrutura. Hierarquia é um conjunto de relações estabelecidas conforme regras de subordinação e de coordenação. Estas regras não são normas jurídicas nem são elementos não-normativos, isto é, não fazem parte do repertório, mas da estrutura do ordenamento. Exemplo de regra estrutural é o princípio da *lex superior* (regra segundo a qual a norma que dispõe, formal e materialmente, sobre a edição de outras normas prevalece sobre estas em caso de contradição: as normas constitucionais prevalecem sobre as leis ordinárias), ou o da *lex posterior* (havendo normas do mesmo escalão em contradição, prevalece a que, no tempo, apareceu por último), ou o da *lex specialis* (a norma especial revoga a geral no que esta dispõe especificamente)”.

(6) LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução por José Lamego. 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. p. 531. Nesse sentido, ensina o consagrado autor germânico: “Assim, por exemplo, as regras de que se compõe o Direito da compra e venda, o Direito locatício e o Direito hipotecário são partes sintonizadas de uma regulação a que subjazem determinados pontos de vista directivos”

“A sua função é justificar, subordinando-as à idéia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las, e, deste modo, excluir na medida do possível as contradições de valorização. São de grande préstimo para a interpretação, mas ainda mais, contudo, para o desenvolvimento do Direito imanente à lei e do *Direito transcendente à lei*. A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios directivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão do conjunto — quer dizer, na forma de um sistema —, é uma das tarefas mais importantes da jurisprudência científica” (grifo nosso).

Assim verifica-se que os princípios, entre suas inúmeras atribuições no sistema jurídico, harmonizam o ordenamento jurídico, seja no âmbito interno, seja no âmbito externo, calibrando-o à realidade (“espírito objetivo do povo”<sup>(7)</sup>), conforme será demonstrado.

### *1. A natureza jurídica dos princípios*

#### *1.1 Os princípios e o ordenamento jurídico*

Os princípios constituem tema que se encontra em freqüente debate nas discussões da ciência jurídica contemporânea. Nesse sentido, interessa destacar as funções dos princípios no ordenamento jurídico.

Conforme assinala Carrio (1970: 15-20):

“1. Princípio — tem como objeto outras regras do jogo (regra de segundo grau — regra de uso da regra);

2. Princípio — se dirige primordialmente aos árbitros, operadores jurídicos, mais dos que aos atores sociais;

3. Princípio — justifica exceções às regras de primeiro grau — aquelas que se dirigem às condutas;

4. Princípio — aplica-se independentemente do conteúdo da norma de primeiro grau — neutralidade tópica.”

---

(7) Conforme ressalta Carlos Eduardo López Rodríguez, na obra *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 89, o jusfilósofo alemão, discípulo de Hegel, conceitua o espírito do povo como: “Substância concreta de uma vida supra-individual, determinada, por sua vez, como ‘lei de vida e força criadora de uma raça, de um povo, de uma comunidade concreta’”. Diz Larenz (*ibidem*, p. 190): “O reconhecimento de espírito do povo significa, pois, que com isso se atribui ao povo, não só mera existência racial e historicamente limitada, mas nessa existência uma força criadora e teleológica peculiar do povo, a qual se desenvolve e se firma nas *criações e fatos* desse povo e cuja essência consiste em realizar-se através de sua vida, de sua auto-realização e de sua autoconfiguração” (grifo nosso).

1.2 *Princípios e regras — componentes do ordenamento jurídico com funções distintas*

Canotilho (1993:168), citando Alexy, afirma, peremptoriamente, que a existência de regras e princípios, tal como se acaba de expor, permite o enquadramento da Constituição como uma estrutura sistêmica, isto é, possibilita a compreensão da Constituição como sistema aberto de regras e princípios.

Assim, deflui-se que o modelo sistêmico aberto pode ser adotado, em razão da adequada distribuição de *normas-princípios* e *normas-regras* na Constituição. Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras tornaria a Constituição um sistema fechado, livre da necessária influência do meio externo no funcionamento do ordenamento jurídico. Tornaria limitada a racionalidade prática do sistema.

No dizer de Canotilho (1993: 168 e 169), um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de *limitada racionalidade prática*. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa — legalismo — do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um *sistema de segurança*, mas não haveria espaço livre algum para a complementação e o desenvolvimento de um sistema aberto. Além disso, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (Zagrebelsky).

De outro modo, um modelo composto, exclusivamente, de princípios seria falho de segurança e complexo em demasia, o que também afetaria a sua racionalidade, assim dispõe Canotilho (1993:169):

“O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy: *Prinzipien-Modell des Rechtssystems*) levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes a dependência do ‘possível’ fáctico e jurídico só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Daí a proposta aqui sugerida:

1. o sistema jurídico carece de regras jurídicas: a Constituição, por exemplo, deve fixar maioria para efeitos de determinação da capacidade eleitoral activa e passiva, sendo impensável fazer funcionar aqui apenas uma exigência de optimização: um cidadão é ou não é maior aos 18 anos para efeito de Direito de sufrágio; um cidadão ‘só pode ter direito à vida’;

2. o sistema jurídico necessita de princípios (ou valores que eles exprimem), como os da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado

de direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos;

3. em virtude da sua 'referência' a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da 'justiça', da 'idéia de direitos', dos 'fins de uma comunidade'), os princípios têm uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite 'ligar' ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional;

4. as 'regras' e os 'princípios', para serem activamente operantes, necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática (Alexy: *Regel/Prinzipien/Prozedur — Modell des Rechtssystems*): o Direito Constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action*, para uma *living constitution*."

Do conceito de *sistema* extrai-se a noção de um conjunto de partes interdependentes e inter-relacionadas. Assim, as partes atuam de forma coordenada para determinado fim. Ademais, todo o sistema está inserido em um ambiente circundante (macrossistema).

Desse relacionamento entre o sistema e o ambiente surgem os conceitos de sistema aberto e fechado, utilizados por Canotilho, de forma implícita, ao tratar da conceituação da Constituição como *sistema aberto* de normas e princípios.

Assim, os sistemas fechados são conceitualmente herméticos. Não apresentam intercâmbio nem interação com o ambiente que os cerca. Nesse tipo de sistema, a atuação combinada de suas partes internas acontece de forma imutável, de modo a produzir um resultado invariável. Neles, não há o fenômeno da *retroalimentação* ou *feedback*, mediante o qual o sistema interage com o ambiente externo, modificando-se.

Já os sistemas abertos não são herméticos, pois interagem com o ambiente que os cerca, dele recebendo informações, possuindo, assim, capacidade de adaptação a necessidades próprias ou a necessidades demandadas pelo ambiente. É o caso dos sistemas jurídicos. Desse modo, esse conceito mostra-se fundamental para a análise sistêmica do ordenamento jurídico.

Tal posicionamento do constitucionalista português retrata a visão majoritária da doutrina de que o ordenamento jurídico dotado de racionalidade adequada deve formar-se pela composição de duas espécies de normas qualitativamente distintas: princípios e regras.

1.3 A distinção qualitativa entre princípios e regras no contexto do debate de Dworkin e Hart

Para Ronald Dworkin<sup>(8)</sup>, professor da Universidade de Nova Iorque e Oxford, a diferença ontológica entre princípios e regras está na idéia de peso do princípio.

Há, em primeiro lugar, uma distinção lógica apartando os princípios das regras jurídicas.

As regras jurídicas são aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira — o suporte fático<sup>(9)</sup> hipotético, o *Tatbestand* — se verifiquem em uma situação concreta, e seja ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada.<sup>(10)</sup>

Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação manifestam-se.

É que as regras jurídicas não comportam exceções. Isso é afirmado no seguinte sentido: se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não há qualquer razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções e quanto mais extensa seja essa mesma enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado da regra. Se a regra — exemplifica Dworkin — define que um testamento não é válido senão quando assinado

---

(8) No livro *Los derechos en serio*, versão em espanhol da sua consagrada obra *Taking rights seriously*, o catedrático de Oxford faz uma distinção entre *principles* (*principios*) e *policies* (*directrices políticas*). Ele denomina *policies* os *standards* que visam alcançar objetivos que resultem em melhoria de vida para a coletividade, geralmente atinentes a aspectos econômicos, políticos ou sociais. E, com o termo *principles*, ele designa os *standards* que devem ser observados não porque produzem ou conservam situações referentes àqueles aspectos econômicos, políticos ou sociais, mas em virtude de eles (*principles*) constituírem uma exigência de justiça, equidade ou de qualquer outra dimensão moral. Exemplificando, segundo Dworkin, o *standard* que diz que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma *policy*; enquanto o *standard* que estabelece que ninguém deve tirar vantagem de seu próprio ilícito é um *principle*. Em resumo, *principle* (conceito de princípio em sentido restrito) refere-se a direitos individuais e *policy* diz respeito a bens coletivos.

(9) Pontes de Miranda criou a expressão “suporte fático” para traduzir o vocábulo técnico germânico *Tatbestand*. Outros usam, com o mesmo significado, os termos “pressupostos de fato”, “suposto de fato”. Os juristas italianos utilizam o termo *fattispecie*, que é a aglutinação da expressão latina medieval *species facti*. E *species* é o correspondente latino de *fatespecie*. *Tatbestand*, como termo jurídico, é bastante amplo e abrange todo e qualquer fato previsto pelas normas.

(10) DWORKIN, *op. cit.*, p. 74 e 75; *La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser acetada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.*



por três testemunhas, não é possível tomar-se como válido um testamento firmado por apenas duas testemunhas.

Quanto aos princípios, a circunstância de serem próprios a um determinado ordenamento não significa que, em alguns casos, possam ser desconsiderados. Trabalhando com o princípio segundo o qual ninguém aproveita sua própria fraude (torpeza), Dworkin aponta o fato de que, em determinados casos, o Direito não se opõe a que alguém obtenha proveito da fraude que praticou. O exemplo mais notável é o da posse indevida: aquele que penetrar em prédio alheio reiteradamente, durante largo período de tempo, poderá obter — e o Direito o concede — o direito de cruzá-lo sempre que deseje<sup>(11)</sup>. Dworkin introduz, ainda, mais dois exemplos: se alguém, descumprindo contrato, abandona seu trabalho para desenvolver outro muito melhor remunerado, será obrigado a indenizar seu contratante, mas, em regra, gozará do direito de permanecer a desenvolver o novo trabalho; se um preso escapa à prisão para fazer um investimento rentável, poderá ser reconduzido ao cárcere, mas reterá, como de sua propriedade, os lucros que tiver obtido.

Esses três exemplos, que configuram exceções ao princípio, não conduzem a sua exclusão da ordem jurídica — do Direito — que os contemple. Nem importa que esteja o princípio enunciado de modo incompleto, de modo que se possa reclamar que seja completo mediante a enunciação de tais exceções.

Uma segunda distinção, decorrente da primeira, aparta, ainda, segundo Dworkin, os princípios das normas. Os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: *a dimensão de peso ou de importância*. Assim, quando se chocam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Essa valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio em relação a outro será, com frequência, discutível. Não obstante, as indagações a respeito de se ele possui essa dimensão e se faz sentido questionar quão importante ou relevante ele é integram o conceito de princípio.

As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que a outra, de modo que,

(11) O exemplo de Dworkin, relativo à servidão civil, há de ser ponderado no quadro do nosso direito positivo, nos termos do art. 562 do Código Civil:

Código Civil — Lei n. 3.071, de 1916.

Parte especial — Artigos 180 a 1.807.

Livro II — Do Direito das Coisas — Artigos 485 a 862.

Título II — Da Propriedade — Artigos 524 a 673.

Capítulo II — Da Propriedade Imóvel — Artigos 530 a 591.

Seção V — Dos Direitos de Vizinhanças — Artigos 554 a 588 — Da Passagem Forçada — Artigos 559 a 562.

Art. 562 — Não constituem servidão as passagens e atavessadoiros particulares, por propriedades também particulares, que se não dirigem a fontes, pontes, ou lugares públicos, privados de outra serventia.

no caso de conflito entre ambas deva prevalecer uma em virtude do seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. E a decisão a respeito de qual delas o é e qual deve ser abandonada há de ser tomada atendendo-se a considerações alheias a elas. Determinado ordenamento jurídico poderá regular tais conflitos com base em outras normas, que prefiram a regra promulgada pela autoridade de maior nível hierárquico, ou a regra promulgada em data mais recente, ou a mais específica etc. Ou, ainda, poderá dar prevalência à regra apoiada nos princípios mais relevantes.

Observa Jorge Miranda (1987:198): “Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito Positivo); também eles — numa visão ampla, superadora de concepções positivistas e absolutizantes das fontes legais — fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contra-põem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições”. (Leia-se, para fins da terminologia adotada nesse trabalho, disposições por regras.)

A exposição de Esser (1961: 5, 66, 67 e 102)<sup>(12)</sup> também caminha nesse sentido. Embora oponha normas a princípios, sustentando não configurarem esses últimos, em si mesmos, mandamentos (isto é, instruções, regras), mas sim a causa, o critério de justificação delas (1961:67), reconhece constituírem eles Direito Positivo (1961: 90, 93, 121, 169 e 171). Mas, Direito Positivo constituem — prossegue — não como regras independentes ou autônomas, porém como condição imanente do ser e do funcionar das regras. É por isso que o princípio da liberdade contratual é Direito Positivo dos contratos e a separação dos poderes seria Direito Constitucional Positivo — ainda que não enunciado como princípio positivado —, desde que acolhidos por determinado ordenamento, sem perder seu caráter de princípios e sem que se convertam em regras (1961: 94 e ss e 117)<sup>(13)</sup>.

De outra parte, cumpre, também, observar que jamais se manifesta antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas. Estas operam a concreção daqueles. Assim como, ao confrontar dois princípios, um prevalece sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas. Não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico. Note-se que — e esta é a hipótese sobre a qual estrutura Dworkin (1989:73) sua exposição<sup>(14)</sup> — isto é, homicídio de quem deixa herança, praticado pelo herdeiro, afasta, em razão do princípio, a incidência da regra de sucessão que beneficiaria o homicida.<sup>(15)</sup>

---

(12) O princípio é só o perfil da solução, não a própria solução.

(13) Esser classifica os princípios em “normativos” e “informativos”.

(14) *Riggs y Palmer*.

(15) Observe-se que, diante do nosso direito positivo, a questão se resolve mediante a aplicação da regra do art. 1.595, I, do Código Civil.

Ao contrário dos princípios, as regras jurídicas não possuiriam a dimensão de ponderação. No caso de conflito entre duas regras, apenas uma delas poderá ser válida. São, pois, estabelecidos critérios específicos para a resolução das antinomias.

Exemplificando, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, vigem os critérios hierárquicos (*lex superior derogat inferiori*), cronológico<sup>(16)</sup> (*lex posteriori derogat priori*) e da especialidade (*lex specialis derogat generali*) (Bobbio, 1994: 92-97).

Em conclusão, as observações do jusfilósofo americano consagram a concepção do Direito como um sistema composto de princípios e regras. Com tal posicionamento, foi atacada a concepção positivista formulada pelo jusfilósofo inglês H. L. Hart, que visualiza o Direito como sistema homogêneo constituído só de regras, lançando-se, assim, novas perspectivas para a visão de um sistema jurídico aberto às influências do ambiente externo.

Desse modo, a partir do momento em que Dworkin (1989) ataca a doutrina positivista de Hart, retrata que a concepção do Direito não pode ser construída com uma separação absoluta entre Direito e moral. Demonstra que, na prática jurídica, a distinção entre Direito e moral não é tão evidente como pregam os positivistas mais extremados. Em última instância, afirma que, ao restringir o Direito a regras, o modelo de Hart foge da realidade cotidiana dos advogados e juizes, perdendo seu interesse e não explicando *los casos difíciles* (*hard cases*). No trecho abaixo, há um *caso difícil*, Riggs vs. Palmer, que retrata a importância dos princípios:

*“Mi propósito inmediato, sin embargo, es distinguir los principios — en el sentido genérico — de las normas, y empezaré por reunir algunos ejemplos de los primeros. Los ejemplos que ofrezco son escogidos al azar; casi cualquier caso tomado de los archivos de una facultad de derecho proporcionaría ejemplos igualmente útiles. En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso de ‘Riggs v. Palmer’, si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del tribunal empezada por advertir que: ‘Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino’. Pero*

(16) Cumpre notar que a regra *lex posteriori derogat legi priori* nem sempre existiu com esse sentido. No período em que a religião e o Direito formavam um todo indissociável, hierarquizou-se a lei antiga em detrimento da lei nova. Consoante ensinamento de Fustel De Coulanges, *A cidade antiga*, tradução por Souza Costa, Lisboa: Clássica, 1929, p. 301. “no início a lei era imutável, por divina. Deve notar-se que nunca se revogavam as leis. Podiam-se fazer-se leis novas, mas as antigas subexistiam sempre, por maior que fosse a contradição que houvesse entre elas. O Código de Dracon não ficou abolido pelo de Solon, nem as Leis Reais pelas Doze Tábuas”.

*el tribunal continuaba señalando que 'todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen'. El asesino no recibió su herencia" (p. 73).*

## 2. Metodologia sistêmica: expressão da racionalidade da dogmática jurídica

### 2.1 Metodologia sistêmica: identificação da correlação das partes com o todo

A complexidade dos fenômenos e dos conjuntos de fenômenos da natureza e do homem tem maravilhado os que, através dos tempos, se têm dedicado a observá-los e a estudá-los.

Para satisfazer a sede de conhecimento e a necessidade de agir eficientemente em relação a esses fenômenos, a filosofia e a ciência desenvolveram métodos e diversificaram as abordagens da realidade.

Em grandes linhas, podemos distinguir os métodos *clássico* e *sistêmico*, que, não obstante partirem de pressupostos antipodas, coexistem e se completam.

O método clássico consistia, basicamente, em isolar o *objeto* do conhecimento — indivisível, positivo e estável — por meio da síntese.

A *objetividade* destacava o fenômeno em estudo da relatividade cultural do observador; a *indivisibilidade* fundava as cadeias relacionadas no elemento mais simples e irreduzível; a *positivação* buscava caracterizá-lo por seus elementos e propriedades afirmativas, e a *estabilidade*, por sua resistência às mudanças provocadas. Esse objeto, assim isolado, considerado fora de seu relacionamento com o meio e com a estrutura a que pertencia, era devidamente procurado como centro metodológico e ponto de partida de todos os ramos do conhecimento.

O século XIX viu a máxima expressão do emprego desse método reduutivo-dedutivo-objetivo-positivo, beneficiando, amplamente, todas as ciências, naturais e sociais. As ciências naturais a objetividade havia proporcionado, entre outras conquistas, a especialização e o desenvolvimento tecnológico. As ciências sociais não poderiam deixar de contagiarem-se pelo êxito experimentado pelas coirmãs e também se esganharam em abordagens especializadas e procuraram o caminho das aplicações práticas.

O cosmo, sob essa visão, parecia coerente, simples, bem ordenado, formado por corpos celestes, células, moléculas, átomos e instituições regulares e previsíveis. O todo explicado pelas partes.

O século XX pôs em questionamento a validade do método clássico para enfrentar uma natureza que, pouco a pouco, se descobria ser contraditória, instável e

indeterminada. A cisão do átomo representou a culminância de uma série de descobertas, que revelaram inesperadas rachaduras na construção cosmogônica marmórea e monolítica: o átomo não era mais *átomo* (indivisível), mas um conjunto de partículas. Em vez de ser um perfeito e modelar objeto metodológico — isolado, positivo e indivisível —, o átomo era, na verdade, um *sistema*, em que interagiam partículas diversas, de propriedades opostas, positivas e negativas e, ainda por cima, instável e irredutível às leis de acusações exatas.

As descobertas da física não podiam deixar de repercutir em cadeia sobre todo o conhecimento. Heisemberg, Plank e Einstein provocaram, além de uma revisão epistemológica, uma revolução metodológica, para enfrentar a pluralidade em vez da unidade, a integração em vez do isolamento, a ambivalência em vez da positividade, a divisibilidade em vez da estabilidade. Em suma, o sistema em vez do objeto.

O cosmo demonstrava ser, ao mesmo tempo, afirmativo e negativo, ordenado e desordenado, auto-organizador e autodestruído, sobreexistindo, não apesar dos contrários, mas em razão deles. Para sua compreensão, além das disciplinas de especialização, era necessária a abordagem dos mesmos problemas, fundamentalmente, uma *revolução metodológica*.

A vantagem da abordagem sistêmica estava na possibilidade de *reconstruir* a realidade ao mesmo tempo que esta era analisada, de perceber as relações à medida que se identificava cada elemento inter-relacionado e de avaliar o positivo e o negativo enquanto interagentes. Em suma, simplificar sem esquematizar um modelo.

Estavam lançadas as bases para os enfoques sistêmicos e multidisciplinares nas ciências sociais e abertas as largas vias especulativas que trilham um Talcott Parsons (1951), na sociologia; um David Easton (1965), na ciência política, e um Georges Burdeau (1966), no Direito político, entre tantos outros cientistas sociais contemporâneos.

O século XIX, diz Helmut Coing<sup>(17)</sup>, “representa ao mesmo tempo a destruição e o triunfo do pensamento sistemático legado pelo jusnaturalismo, o qual baseava toda a sua força na crença ilimitada na razão humana”.

## 2.2 A teoria geral do sistemas

Por volta da década de cinquenta, Ludwig von Bertalanffy, professor da Universidade de Alberta, no Canadá, propôs uma “teoria geral dos sistemas”, desenvolvendo um método que partia do *sistema* como “um complexo de elementos em interação” (1973:84).

---

(17) *Apud* FERRAZ JÚNIOR, *op. cit.*, p. 73.

Na obra *Teoria geral dos sistemas*, Bertalanffy (1973:83) explica:

“O significado da expressão um tanto mística ‘o todo é mais que a soma das partes’ consiste simplesmente em que as características constitutivas não são explicáveis a partir das características das partes isoladas. As características do complexo, portanto, comparadas às dos elementos, parecem ‘novas’ ou ‘emergentes’. Se, porém, conhecemos o total das partes contidas em um sistema e as relações entre elas, o comportamento do sistema pode ser derivado do comportamento das partes.”

A esse conceito agregou-se, ainda, outro elemento, a *organização*, isto é, o caráter regular e estável das interações dentro de um dado sistema.

O sistema é, portanto, *um conjunto de elementos que se inter-relacionam de maneira regular e estável*.

A idéia de organização, assumindo, assim, papel muito importante no conceito de sistema, pressupunha, entretanto, mais um dado: um *elemento* que regulasse a disposição dos elementos inter-relacionados de modo que o todo viesse a produzir os resultados a que se propunha. Esse novo conceito, de *ordem*, seria introduzido como o necessário e inafastável *requisito funcional da organização*, identificável em qualquer sistema, espontâneo ou artificial, para desempenhar uma função ou produzir um resultado.

A ordem é, pois, um requisito sempre presente, *uma disposição interna que viabiliza a organização de um sistema*.

A ordem, nos sistemas sociais, age como condição básica indispensável para o funcionamento de uma sociedade concebida como um sistema social (Garmendia, 1986:966). É a essa idéia de ordem que nos referimos neste ensaio, para precisar a tarefa dos princípios jurídicos em permitir o funcionamento do ordenamento jurídico.

### 2.3 Sistema e racionalidade: a validade sistêmica da norma na abordagem de Aulis Aarnio

Aulis Aarnio, Professor da Universidade de Helsinki, em seu livro *Lo racional como razonable* (1991:71), ao tratar do tema validade da norma jurídica, apoiando-se em Wroblewsky<sup>(18)</sup>, apresenta três enfoques para análise dessa questão fundamental da racionalidade e da teoria do ordenamento jurídico, segundo os quais a noção de norma válida pode ser extraída da:

---

(18) Apud AARNIO, *ibid*, WROBLEWSKY, Jerzy. “Verification and justification in legal sciences” *Rechtstheorie, Beiheft* 1 (1979), p. 207

- validade sistêmica (validade formal);
- validade fática (eficácia), e
- validade axiológica (aceitação).

Destacando o primeiro enfoque, o da validade sistêmica, verifica-se que este se refere a um critério de validade formal, interno ao ordenamento jurídico, exigindo que a norma atenda a quatro condições para que seja considerada válida:

- que siga o procedimento legislativo adequado;
- que não tenha sido derogada;
- que não contradiga outra norma, e
- que, caso haja contradição, possa existir regra para solução desta.

Conforme assinala o autor, na prática cotidiana do advogado, normalmente, só se discute a validade sob o enfoque sistemático. A questão pode ser formulada da seguinte forma:

*“Pertence la norma N al orden jurídico (finlandés)? Para responder esta cuestión, uno puede referir-se a una unidad de normas jurídicas. N pertenece a esta unidad si ha sido dictada correctamente, es decir, sobre la base de una norma superior. La norma suprema es la Constitución. Esta es la validez interna sensu stricto. Por ejemplo, para un abogado es suficiente saber si la norma es válida en sentido estricto del término (1991:72).”*

Nesse sentido, Kelsen (1987:287), idealizador da validade formal da norma e da idéia sistêmica de um ordenamento jurídico hierarquicamente escalonado, indica, de forma didática:

“A afirmação de que uma lei válida é ‘contrária à Constituição’ (anticonstitucional) é um *contradictio in adjecto*; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional, há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional.”

Distinguindo a validade sistêmica da validade fática (eficácia), Aarnio (1991:77), ressalta que “*Sin embargo, el concepto de validez fáctica en si mismo puede ser entendido de muchas maneras. Se podría pensar que la norma N es facticamente válida en una sociedad si y sólo si los ciudadanos la siguen regularmente en su comportamiento, es decir, si la norma es en este sentido eficaz en la sociedad.*”

Por fim, ressalta que o terceiro conceito, o da validade axiológica, prende-se ao direito natural. Assim, valores como a justiça não são, simplesmente, valores positivados, por ser a base quem confere, em última instância, a validade de todo o sistema normativo. Desse modo, esse direito superior ao positivado constitui a base de sua vigência.

Verifica-se, pois, que, nos três conceitos de validade apresentados, implícita está a idéia de sistema, seja no âmbito interno do sistema jurídico (validade sistêmica — formal), seja no âmbito externo (validade fática — eficácia). O conceito da validade prende-se a relação de interdependência das normas de um ordenamento jurídico.

Também aparece a noção de sistema na chamada validade axiológica, vista como sistema acima do sistema positivado, relacionando-se a este por constituir, em última análise, a razão de sua validade. Assim, transparece, de forma clara, que a validade da norma, vista sob diversos enfoques, liga-se, intimamente, à teoria dos sistemas. A idéia de sistema é, assim, a base de qualquer discurso científico em Direito. A seu favor, depõem aspectos como o da necessidade de um mínimo de racionalidade na dogmática, identificando-se o próprio Direito como um sistema de comunicações.

Nos termos sintéticos de Canaris: “há um sistema interno e deve haver um externo”.<sup>(19)</sup>

#### 2.4 A função sistêmica da dogmática jurídica no processo de decisão na visão de Niklas Luhmann

Como consequência da utilização da noção de sistema, a dogmática não é definida por Luhmann como conceito, mas por sua função dentro do sistema jurídico na aplicação do Direito.

---

(19) CANARIS, *op. cit.*, p. 66. Conforme os ensinamentos desse autor (p. 69): “A contraposição entre o sistema interno e o externo deve-se a Heck e é um conhecido arrimo positivista. Ela permitia, na verdade, concluir, pela irrelevância do segundo, que ficaria na disponibilidade do estudioso, afastando, desse modo, toda uma série de elementos do *jus postium*.”

Há, hoje, elementos sobejos para se saber que não é assim: a contradição entre os sistemas interno e externo deve ser superada (...).

A ordenação exterior, imprimida à realidade jurídica com puras preocupações de estudo e aprendizagem, vai moldar, em maior ou menor grau, seja as próprias proposições jurídicas, seja o pensamento geral de que vai depender a sua concretização ulterior.

Mas, se o sistema externo interfere no interior, o inverso não é menos verdadeiro.”



Luhmann (1983:27) não ignora o aspecto distintivo da dogmática, definido por ele como a proibição da negação (não-negabilidade) dos pressupostos de uma cadeia de argumentação. Mas, o autor considera insuficiente essa perspectiva da dogmática, devendo-se buscar as funções positivas da dogmática para o sistema na aplicação do Direito. Num processo de decisão, o aspecto distintivo são as possibilidades de decisão, material básico sobre o qual atuarão os critérios que elegerão a alternativa lícita em contraste com a ilícita. Só pode haver decisão quando houver possibilidades que ofereçam uma margem de liberdade e de flexibilidade mínimas.

Por isso, Luhmann destaca, como aspecto distintivo da dogmática, não o que ela coloca como fixo — o dogma —, mas, sim, a margem de variabilidade controlada, que ela oferece na elaboração do material jurídico, visando à sua aplicação (função positiva).

Durante a Idade Média, a Igreja exerceu uma dominação política forte, embasada em um dogmatismo e em uma hierarquia muito rígidos. O contexto social que possibilitou esse domínio foi uma sociedade estática e não-complexa, que acatava completamente os dogmas católicos. Não foi por coincidência que a Reforma Protestante constituiu a negação da não-negabilidade dos dogmas católicos, representando os interesses econômicos e políticos que efetuavam um processo de dinamização nas sociedades européias. Este é um exemplo contrário à realidade que se desenvolve no século XX. A partir da crise do modelo liberal, em função do alto nível de crescimento da complexibilidade no meio social, a dogmática diminuiu a rigidez de seus conceitos ao absorver níveis de incerteza e de variabilidade toleráveis e necessários no trato com textos legais.

Para explicar a tendência atual da dogmática jurídica, Luhmann utiliza-se das categorias “programas de decisão” e “decisão”. Os programas de decisão são o conjunto de símbolos que orientam o processo de decisão: as normas de Direito vigente e a dogmática jurídica. A relação entre os programas de decisão, isto é, poderia ter sido decidido de um modo ou de outro. Mas, ambos os pólos são variáveis, ou seja, se, além da variabilidade de possibilidades de decisão, as próprias leis são de conteúdo, interpretação ou fixação variáveis, então a dogmática exerce a função de limitar essa variabilidade. Por isso, a função dogmática não se refere a um caso isolado, pois ela não fornece diferenciação entre o lícito e o ilícito, mas se refere à determinação do campo do juridicamente possível em função de uma perspectiva sequencial de decisões.

Porém, a dogmática depende de valores externos e internos ao sistema. “A justiça (...) se refere às exigências impostas ao Direito pela sociedade em sua totalidade, e a dogmática representa o plano interno ao sistema jurídico no qual se reespecificam e operacionalizam tais exigências.” (Luhmann, 1980:37). Deve-se considerar a justiça como expressão da adequação entre a complexidade do sistema jurídico e a necessidade de tratar o igual e o desigual de forma correspondente.

O sistema não absorve o *input* em toda a sua complexidade, sendo necessário que a dogmática jurídica traduza ou transforme a problemática oriunda do meio em

conceitos jurídicos, que serão processados pelo sistema. Essa passagem do conflito ao sistema é influenciada pela capacidade da dogmática de permitir uma melhor relação de adequação entre as informações, isto é, de fornecer conceitos socialmente adequados, de modo a direcionar, em um nível maior de abstração, as exigências contidas na demanda.

A diferenciação e a complexibilidade da dogmática revelam-se na tendência contínua de harmonizar as interdependências no horizonte social do futuro e os conceitos jurídicos pelos quais as estruturas juridicamente relevantes no meio social se expressarão. Contudo, a formulação de conceitos adequados enfrenta a dificuldade de não haver perfeita identidade na correspondência entre o abstrato e o concreto. Outra dificuldade refere-se à descontinuidade do Direito Positivo, em vista da produção das novas normas na substituição de Direito vigente pela inserção de Direito novo no ordenamento. Segundo Luhmann, o caráter auto-substitutivo do ordenamento e a consequente descontinuidade produzem “estados de fluidez” que devem ser controlados pela dogmática ao compatibilizar as possibilidades de mudança com a vigência do ordenamento.

Finalmente, Luhmann salienta que a teoria do sistema jurídico deve ser definida na relação entre sistema e meio social, isto é, nas influências e modificações recíprocas entre ambos. A adequação social dos conceitos não garante que a produção de *outputs* satisfaça efetivamente às demandas oferecidas, mas permite a criação de condição para que isso ocorra.

### *3. Os princípios como fatores de mobilidade do sistema jurídico*

Consoante ensinamento de Canaris (1989:127), “A mobilidade do sistema é, muitas vezes, confundida com a sua abertura”. Entretanto, o conceito de mobilidade do sistema deve ser extraído do conceito formulado por Wilburg. Assim, mobilidade e abertura são conceitos distintos, embora inter-relacionados em determinados momentos.

Faz-se, pois, necessária, para a apreensão do conceito de mobilidade sistêmica, a análise das características essenciais para o conceito de sistema de Wilburg.

#### *3.1 O sistema móvel no conceito de Wilburg*

Na teoria da responsabilidade civil, Wilburg desenvolve esse conceito à medida que procura recusar um *princípio unitário*, que solucione todas as questões da responsabilidade indenizatória, e que coloca, nesse lugar, uma multiplicidade de pontos de vista (princípios), que ele caracteriza como elementos ou como forças móveis, a saber:

“1 — Uma falta causal para o acontecimento danoso, que se situe do lado do responsável. Esta falta tem peso diverso consoante seja provocada

pelo responsável ou pelos auxiliares ou tenha até surgido sem culpa, como, por exemplo, por falha material irreconhecível de uma máquina;

2 — Um perigo que o autor do dano tenha originado, através de uma actuação ou da posse de uma coisa, e que tenha levado ao dano;

3 — A proximidade do nexo de causalidade, que existe entre as causas provocadas e o dano verificado, e

4 — A ponderação social da situação patrimonial do prejudicado e do autor do prejuízo.”<sup>(20)</sup>

A consequência jurídica — responsabilidade patrimonial — só se concretiza a partir da concatenação desses elementos, segundo o seu número e peso, sendo determinada pelo juiz de acordo com a discricionariedade orientada por esses princípios basilares da responsabilidade civil.

Nesse sentido, Larenz (1956:582) afirma:

“O ‘jogo concertado’ de diferentes princípios em diferentes graus de concretização é, uma vez mais, afim da idéia do modelo imaginado por Wilburg de um ‘sistema móvel’. Wilburg quis fundamentar a responsabilidade extracontratual por danos em quatro elementos, que podem surgir com diferente intensidade de caso para caso. Actuam, em regra, conjuntamente, podendo, todavia, um deles, se apresentar com especial intensidade, substituindo também os outros. Como elementos que fundamentam a responsabilidade, referiu Wilburg: um actuar que interfere numa ‘área jurídica alheia ou que põe em perigo, o dar origem ao caso danoso através de circunstâncias da esfera do responsável, a censura de uma falha na esfera do responsável’ e, finalmente, ‘o poder econômico do responsável ou a exigibilidade de se segurar’ (...) Na avaliação de cada elemento, Wilburg quer deixar ao Juiz uma ‘ampla margem de discricionariedade’. O legislador deveria apenas estabelecer algumas linhas directivas gerais com vista à fundamentação dos deveres legais de indenização por danos, deixando, porém, à resolução do Juiz, em ampla escala, a ponderação no caso particular. Certamente que o Juiz, segundo a idéia de Wilburg, não deve simplesmente achar uma resolução equitativa incontrolável, mas orientar a sua resolução pelos princípios por ele indicados e fundamentá-la no caso particular.”

Assim, no conceito de mobilidade do sistema, há a característica da ponderação de princípios, que orientarão a discricionariedade judicial. Desse modo, verifica-se que, na idéia de mobilidade, está implícita a utilização de princípios que, conforme já visto, não se sujeitam à idéia de “tudo ou nada”, mas, sim, à ponderação.

---

(20) *Apud* CANARIS, *op. cit.*, p. 128.

Constata-se, pois, que a noção de mobilidade vincula-se à discricionariedade judicial, que, por sua vez, prende-se à atividade de atribuição de pesos a princípios, harmonizando-os com vistas à busca da solução correta (ou mais correta) para o caso em debate.

A correlação entre o conceito de sistema móvel e os princípios mostra-se fundamental para a noção de que os princípios constituem mecanismo da porosidade do sistema ao meio externo.

Bertalanffy (1973:203), ao ressaltar características dos sistemas abertos, obtém respostas assemelhadas a de Wilburg:

“Aparece aqui a importante questão da relação da teoria geral dos sistemas com a cibernética, dos sistemas abertos com os mecanismos reguladores (cf. p. 217 e ss). No presente contexto, bastarão algumas poucas observações.

A base do modelo do sistema aberto é a interação dinâmica de seus componentes. A base do modelo cibernético é o ciclo de retroação (Figura 1.1), no qual, por via da retroação da informação, mantém-se um valor desejado (*Sollwert*), atinge-se um alvo, etc. A teoria dos sistemas abertos é uma cinética e uma termodinâmica generalizadas. A teoria cibernética baseia-se na retroação e na informação. Os dois modelos foram aplicados com êxito em seus respectivos campos. No entanto, devemos ter a noção de suas diferenças e limitações.

O modelo do sistema aberto, na formulação cinética e termodinâmica, não fala de informação. Por outro lado, um sistema de retroação do ponto de vista termodinâmico e cinético é fechado, não possuindo metabolismo.

Em um sistema aberto, é possível, termodinamicamente, o aumento da ordem e a diminuição da entropia. A grandeza *informação* é definida por uma expressão formalmente idêntica à entropia negativa. No entanto, em um mecanismo de retroação fechado, a informação só pode diminuir e nunca aumentar, isto é, a informação pode ser transformada em *ruido*, mas não vice-versa.

Um sistema aberto pode tender *ativamente* para um estado de organização superior, isto é, pode passar de um estado inferior de ordem a um estado superior de ordem, devido às condições do sistema. Um mecanismo de retroação pode alcançar *reativamente* um estado de organização superior devido à *aprendizagem*, isto é, à informação introduzida no sistema.

Em resumo, o modelo de retroação aplica-se eminentemente às regulações *secundárias*, isto é, regulações baseadas em arranjos estruturais no sentido amplo da palavra. Como, porém, as estruturas do organismo são

mantidas em metabolismo e troca de componentes, as regulações *primárias* devem evoluir da dinâmica num sentido aberto. O organismo torna-se crescentemente *mecanizado* no curso do desenvolvimento, e por isso é que as regulações posteriores correspondem particularmente a mecanismos de retroação (homeostase, comportamento dirigido para um fim etc.).

O modelo do sistema aberto representa, assim, uma fértil hipótese de trabalho, que permite novos discernimentos, novos enunciados quantitativos e verificação experimental” (‘grifos nossos).

### 3.2 A codificação como tentativa de criação de um sistema jurídico do tipo fechado

Na base dos códigos está o pensamento jusracionalista, na acepção de que o Direito é formulado como um sistema fechado de verdades da razão, um sistema de regras, resultantes de uma rigorosa construção lógico-matemática, que parte de regras gerais deduzidas pelo raciocínio e que abarcam todas as espécies de problemas imagináveis.

Os códigos representam, portanto, a manifestação máxima de um desejável sistema jurídico do tipo fechado. Como consequência dessa perspectiva, a atividade interpretativa ressent-se, restando à jurisprudência a precisa aplicação da lei dentro da legalidade mais estrita: “*que la loi soit claire, uniforme et précise: l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre*”, afirmou Voltaire<sup>(21)</sup>, expressando com vigor a idéia de plenitude do império da lei.

### 3.3 A retomada do sistema jurídico como sistema aberto no fim do século XIX mediante a utilização de princípios

Tais concepções vão ser postas em causa já no final do século XIX, lembrando Winfried Hassemer, Karl Larenz e Joseph Esser, entre outros, que, desde o início do século XX, a Teoria do Direito, em especial na Alemanha, vem sendo compreendida como “o debate da polaridade da norma legal, de um lado, e da sentença judicial, de outro”.<sup>(22)</sup>

---

(21) *Apud* WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução por A. M. Botelho Hespasla, Lisboa: [S. N.], 1980, p. 528.

(22) Winfried Hassemer, professor de Sociologia do Direito e de Direito Penal da Universidade de Frankfurt, em apontamentos de palestra, proferida em Porto Alegre, em outubro de 1984, e publicada na revista *Ajuris*, n. 36, com o título “O sistema do Direito e a codificação: a vinculação do Juiz à lei”, assinala à p. 180: “Desde o início do séc. XX, a Teoria do Direito e o Ensino Metodológico na Alemanha compreendem-se como sendo, preponderantemente, o debate da polaridade da norma legal de um lado e da sentença judicial do outro”.

Esse debate introduz o que se convencionou chamar de “a crise da teoria das fontes”<sup>(23)</sup>, que resulta, basicamente, da proposição de que “a idéia de que a sentença do juiz surge claramente e sem vacilação da norma codificada tornou-se, todavia, nos tempos atuais, um pensamento superado. Cedeu seu lugar ao reconhecimento de que o Juiz atua como criador do Direito”<sup>(24)</sup>, porquanto se passa a compreender que:

“A conclusão mais cautelosa que se pode retirar deste reconhecimento de que a lei codificada não pode determinar completamente a sentença judicial do ponto de vista fático é a de que a codificação ainda desempenha um papel dominante em relação à sentença do Juiz. Concede-se que o texto expresso da lei nem sempre fornece instruções claras; concede-se, ainda, que a lei, a codificação, às vezes, ‘necessita de preenchimento ou enchimento valorativo’, que a lei, no seu texto, é ‘vaga’ ou ‘porosa’. Estando em retirada os adeptos da teoria da estrita vinculação do Juiz à lei, constroem, contudo, novas linhas de defesa para a continuada validade da sua posição. O ‘significado dos conceitos legais’ passa a ser o limite da interpretação.”<sup>(25)</sup>”

Com efeito, na tarefa incessantemente exercida pela Ciência Jurídica, desde, pelo menos, o século XII, de adaptar o Direito ao dinamismo das relações sociais, leva-se em consideração, agora, que o sistema jurídico deve apreciar, também, ao lado da norma de Direito escrito, princípios, máximas, regras da experiência.

O sistema jurídico, assim considerado, volta a ser tido como um “sistema aberto”, porquanto a sujeição ao ordenamento já não mais se revela como mera servidão à lei, formalmente caracterizada:

“Com a formulação de princípios de Direito, embutidos em codificações, cria-se, finalmente, uma condição fundamental para o surgimento de

---

(23) SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e., *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. Nessa obra, com a expressão “obrigação como processo”, o autor tenciona sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que, entre si, se ligam com interdependência. Ao tratar da “crise da teoria das fontes” (p. 74), o autor afirma: “A crise da teoria das fontes resulta da admissão de princípios tradicionalmente considerados meta-jurídicos no campo da ciência do Direito, aluindo-se, assim, o rigor lógico do sistema com fundamento no puro raciocínio dedutivo. Em verdade, outros fatores passaram a influir poderosamente no nascimento e desenvolvimento do vínculo obrigacional, fatores esses decorrentes da cultura e da imersão dos valores que os Códigos revelam no campo social e das transformações e modificações que produzem. A crise decorre da concepção de que um código, por mais amplo que seja, não esgota o *corpus juris* vigente, o qual se manifesta através de princípios, máximas, usos, diretivas, não apenas na interpretação judicial, como também na doutrinação”.

(24) *Idem, ibidem*, p. 181.

(25) *Idem, ibidem*, p. 182 e 183.

um fenômeno que Luhmann denomina de positivação do Direito, isto é, a modificação estrutural do sistema jurídico de um direito natural estático e não variável para um direito, em princípio, variável, um Direito legislado. O reinado e a denominação do 'velho' e, por isso mesmo, 'certo' Direito são sucedidos pela experiência das regras de Direito contingentes, experiência essa que considera a legislação — o dar das leis — um assunto rotineiro da vida estatal e que fornece tais normas jurídicas contingentes e mutáveis para a solução de novos problemas de regulamentação<sup>(26)</sup>, afastando-se, por consequência, a idéia de que o Direito possa ser aplicado, interpretado e desenvolvido a partir de si mesmo — seja por meio das representações do legislador, seja por intermédio de um suposto 'sentido imanente'<sup>(27)</sup>."

Entretanto, é preciso atentar para o fato de que a abertura do sistema não o conduz ao desaparecimento, porque tal caminho levaria a um estado de incerteza jurídica inconciliável com os próprios postulados da democracia: é preciso manter um determinado patamar de segurança nas relações jurídicas, seja na relação dos privados entre si, seja na relação entre estes e o Estado sob pena de ser instaurada a lei do mais forte, assentando que o princípio da certeza jurídica é essencial às funções de tutela e garantia às quais o Direito se opõe. Contudo, conforme já visto, cabe às regras, em maior grau, a tarefa de garantia da certeza jurídica.

Quais serão, então, os *mecanismos* de que a ordem jurídica dispõe para que o sistema, devidamente flexibilizado, possa continuamente ajustar-se às novas realidades, às novas idéias, em busca da efetivação de um *direito justo*? Quais serão os pontos de referência a permitir tal necessária plasticidade?

A resposta a tais indagações pode ser obtida por meio do estudo dos princípios, que, em diferentes ordenamentos, têm-se mostrado meios hábeis à flexibilização dos sistemas que os adotaram.

### 3.4 O perfil dinâmico dos princípios

Na análise das normas, técnicas e institutos integrantes de determinado sistema jurídico, uma atitude metodologicamente adequada é a que se volta ao exame de sua estrutura para, assim, alcançar o perfil particularizado do tema que se tem como objeto da pesquisa.

Integrando o *ordenamento jurídico*, ao lado das regras corporificadas, entre outros, nos códigos, os princípios apresentam, como primeira particularidade, o fato de não possuírem qualquer estrutura própria que os diferenciem, de plano, dos conceitos jurídicos indeterminados.

(26) *Idem*, *ibidem*, p. 187.

(27) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. "Interpretação" *Ajuris*, v. 16, n. 45, p. 7-20, mar. 1989.

O conceito de Karl Larenz (1956:166), nessa análise, mostra-se fundamental. Assim, princípios jurídicos são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica “existente” ou “possível”, não constituindo, por si mesmos, regras suscetíveis de aplicação, embora possam transformar-se, posteriormente, em regras jurídicas, por via de interpretação.

Enquanto “pensamentos diretores” ou “fórmulas gerais”, os princípios podem encontrar-se expressamente manifestados na lei (positivados) e, em especial, no plano constitucional, nas normas que tutelam os direitos e garantias individuais, como são exemplos, no sistema brasileiro, o princípio da igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), o da liberdade do exercício profissional (art. 5º, XIII) e o da função social da propriedade (art. 5º, XXIII). Muitos outros encontram-se dispersos pelo *corpus* constitucional — como é o caso do princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), ou, ainda, pelos diversos estatutos infraconstitucionais, aí se alinhado, por exemplo, o princípio da liberdade de forma dos atos jurídicos, de que trata o art. 129 do Código Civil.

No entanto, existem outros princípios que se situam no plano pré-positivo, vigindo independentemente da existência de uma regra de Direito nesse sentido, porque pertencem à categoria dos princípios que se colocam no ordenamento jurídico antes mesmo, ou independentemente, de sua expressa adoção por uma regra de Direito Positivo.

Tem-se por assente, pelo menos desde a obra de Joseph Esser (1961:7), que a aplicação desses princípios, eficazes, como se viu, independentemente do texto legal, encontra sua justificação na “natureza das coisas ou da instituição respectiva” uma vez que constituem “uma peça funcionalmente necessária de toda solução concreta” (1961:7), que entra no círculo comum de problemas passíveis de serem enfrentados mediante o recurso àquele pensamento.

Nesses termos, Esser ressalta:

“Su justificación les viene de la naturaleza de la cosa e de la institución respectiva, y constituyen una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en este círculo común de problemas. De ahí que, dadas unas circunstancias análogas, sean igualmente bien conocidos en todos los sistemas jurídicos, incluso allí donde ninguna ley los ‘conoce’.”

É o que ocorre no Direito Civil brasileiro com o princípio da *boa-fé*<sup>(28)</sup>. Não temos, em nosso Código Civil, uma disposição que o adote expressamente, como ocorre no direito alemão, parágrafo 242, do BGB.

---

(28) Consoante ensinamentos de Pontes de Miranda, na obra *Tratado de Direito Privado*, v. I, p. 142: “A boa-fé possui múltiplas significações dentro do Direito. Refere-se, por vezes, a um estado subjetivo decorrente do conhecimento de certas circunstâncias, em outras, diz respeito à aquisição de determinados direitos, como o de perceber frutos”



Presente, todavia, sua indiscutível importância, conatural à própria idéia de “Direito”, a boa-fé é, entre nós, positivamente considerada, funcionando como *critério orientador* para a solução judicial de casos concretos, dele derivando muitos outros “deveres anexos” ou “secundários”, como o *dever de informar com correção na publicidade comercial*, por exemplo, ou o *dever de atuar com lealdade no período anterior à efetiva contratação*. Nesse sentido, assim se posicionou a 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, interpretando um contrato de compra e venda, no qual a vendedora, após a entrega da loja e das mercadorias — objeto da avença — cancelou pedidos de mercadorias anteriormente feitos, ferindo a justa expectativa do comprador. Decidiu o Tribunal, por unanimidade, que “o princípio da boa-fé supõe deveres anexos, de acordo com a natureza do negócio e a finalidade pretendida pelas partes”, de modo que “entre eles, se encontra a obrigação de a vendedora de pequena loja de vestuários não cancelar pedidos já feitos, com o que inviabilizaria o negócio e frustraria a justa expectativa do comprador”<sup>(29)</sup>, baseando-se, pois, a decisão no *venire contra factum proprium*, aplicável em razão do dever de lealdade que decorre da boa-fé.

*Todos os princípios, positivados ou não, necessitam de concreção. As cláusulas gerais atuam instrumentalmente como meios para esta concreção em termos de grande generalidade, abrangendo e submetendo, a tratamento jurídico, todo um domínio de casos* (English, 1977:232). Por essa via, idéias genéricas e alheadas de uma elaboração acabada e casuística — como as de boa-fé, bons costumes, uso abusivo de direito, usos de tráfico jurídico e outros similares —, que só produzem frutos quando animados por problemas reais, passam a funcionar como “pontos de partida para a formação concreta de normas jurídicas”.<sup>(30)</sup>

Tais cláusulas, pelas peculiaridades de sua formulação legislativa, não apenas consubstanciam princípios, como também permitem a sua efetiva inserção nos casos concretos. *Cláusula geral, portanto, não é princípio — é regra*. Mas, é norma especial à medida que, por seu intermédio, um sistema jurídico, fundado na tripartição dos poderes do Estado e no Direito escrito, permite ao Juiz “a conformação à norma, à luz de princípios de valor não codificados, e com vinculação, controlada apenas pelos próprios tribunais, a critérios extralegais — mas, em todo o caso, convencionais — de base e de densidade empírica variáveis. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *standing points* ou pontos de apoio para a formação judicial da norma no caso concreto”<sup>(31)</sup>.

*A grande diferença entre princípio e cláusulas gerais, do ponto de vista da atividade judicial, está, pois, em que estas permitem a formação da norma não por meio da interpretação do princípio, mas pela criação, mediante a síntese judicial* <sup>(32)</sup>,

(29) Ap. Civ. 589073956, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, 19.12.89. Na fundamentação do voto, o Des. Relator expressou que “o princípio da boa-fé, com alcance geral, vigora no Brasil, apesar de não constar no nosso Código Civil dispositivo semelhante ao § 242 do BGB”.

(30) ESSER, *op. cit.*, p. 195.

(31) *Idem ibidem*, p. 193 e 194.

(32) *Idem ibidem*, p. 195.

em que encontram, como elemento de atuação, fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos, psicológicos ou, até mesmo, soluções advindas da análise comparativista, atuando tais critérios, tradicionalmente tidos como extralegais, por meio das verdadeiras “janelas” consubstanciadas em tais cláusulas.

### 3.5 A flexibilidade do ordenamento propiciada pelos princípios

Como se sabe, num sistema jurídico do tipo fechado, a atividade judicial não é complexa. Na gênese do espírito codificador, está o *mos geometricus*, a pretensão da plenitude, a estrutura piramidal, coerente e complexa das leis, segundo ordem de escalonamento hierárquico em que os princípios pré-positivados de nada contam, relegados que estão ao universo escuro do *não-Direito*.

Por muito tempo se acreditou na ilusão codificadora, mas, neste século, tal ilusão caiu por terra. Sob o influxo das experiências vividas em outros sistemas jurídicos, em especial o da *Common Law*, a questão da rígida fidelidade à lei e aos vínculos conceituais típicos ao modelo de interpretação axiomática é afastada, permitindo-se, hoje, a admissão, também nos sistemas jurídicos integrantes da “família” romano-germânica, da possibilidade da aplicação judicial do Direito por via da concreção.<sup>(33)</sup>

É assente que, nos ordenamentos do sistema romano-germânico, não é função primária do Juiz converter-se em fonte do Direito. Todavia, bem alertou Helmut Coing para a circunstância de que, não obstante “não entra primariamente na missão do Juiz converter-se em fonte do direito, esta é uma coisa que em todos os tempos acaba acontecendo”<sup>(34)</sup>.

Tal modelo de aplicação judicial do Direito mostra-nos que a experiência de outros países do *Common law*, não é, por si só, antagônica à idéia de codificação. Mais do que isso, permite a visualização de uma *nova noção de sistema jurídico*, desde que consigamos afastar de nosso raciocínio as armadilhas da ilusão codificadora e admitamos a possibilidade da convivência entre o código, as variadas leis especiais e um modelo de interpretação judicial que não dispense a utilização do raciocínio problemático de que tratou Viehweg em sua *Tópica*. Assim, poderá a codificação sobreviver como “eixo central” de cada sistema e subsistema individualmente considerado, entendidos estes, por óbvio, não mais à base da concepção típica às ciências exatas (tais como as regras do silogismo), mas de um modo aberto.

---

(33) Tais concepções surgem da aceitação, no sistema codificado, da idéia de “legislação judicial” exposta por W. Holmes na obra *The common law* (1938), que foi aceita, principalmente, na Alemanha, na medida que ressalta o papel da jurisprudência como fonte de direito, ao lado da lei. Com tal posicionamento, na verdade está transpondo-se, *mutatis mutandi*, o modelo dos precedentes para o âmbito do *Civil Law*.

(34) In *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1949, § 254, apud ESSER, *op. cit.*, p. 30.

Nesse sentido, o Direito positivado, tido como “centro” do sistema, apresentar-se-á como um modelo amplo e abrangente de valores metajurídicos, *flexível e sensível à dinâmica social, em razão, basicamente, de sua linguagem compreensiva da interferência dos princípios na sua concreção*. Estes têm, na verdade, papel decisivo a desempenhar, sendo notável, nesse sentido, a experiência alemã, de contínua leitura do texto expresso no parágrafo 242 do Código Civil, notadamente no que diz respeito à construção de um “Direito justo em matéria contratual”.<sup>(35)</sup>

#### 4. Os princípios como instrumento de calibração do sistema jurídico

##### 4.1 A noção de regra de calibração no sistema jurídico

A expressão *regra de calibração* provém da cibernética. Exemplificando, uma máquina como a geladeira, para controle do grau de temperatura interna, possui mecanismo de produção de frio regulado por um termostato. Sem ele, a geladeira esfriaria o ambiente (sua finalidade) ininterruptamente, o que a levaria a uma disfunção. Para evitar isso, o termostato permite manter uma temperatura, de modo que, se esta cai ou sobe em relação a um limite, o motor volta a produzir frio ou cessa de fazê-lo, respectivamente. Para produzir esse efeito, estabelecemos um valor (por exemplo, 20 graus) chamado *valor de dever-ser*, que o termostato *compara* com o valor real ou *valor de ser* (temperatura abaixo ou acima de 20 graus). Nesse momento, se for abaixo, a produção de frio é retomada, se, acima, é desligada. Esses valores, que compõem o termostato, não são propriamente elementos do motor (não operam o esfriamento), mas o regulam, isto é, determinam como os elementos funcionam, como eles guardam, entre si, relações de funcionamento. Eles fazem parte da estrutura de funcionamento da geladeira. Em suma, os valores de *dever-ser* e de *ser* correspondem a regras de calibração ou de regulação (regras estruturais) do sistema.

(35) A idéia de “Direito Justo” é tratada desde Aristóteles que, na Ética de Nicômaco escreveu páginas todavia atuais em nossos dias. Em Platão, igualmente, o tema dos conteúdos da justiça ou ordenação “justa” da convivência humana é também uma questão central da Ética. Modernamente, na ultrapassagem do positivismo legalista, o tema foi retomado com vigor — é matéria recorrente dos estudos de Michel Villey, na França, assinalando Karl Larenz, na Alemanha, que “*conciérne a los juristas, porque, si bien es cierto que los juristas pueden limitarse a cumplir las normas de un concreto Derecho positivo, o las decisiones judiciales que en esse Derecho positivo sean vinculantes, no pueden evitar que se les coloque incesantemente ante el problema de saber si lo que hacen es o no 'justo', sobre todo cuando las relaciones vitales cambian y los casos no se plantean ya de un modo igual*” (In *Derecho Justo* — Fundamentos de Ética Jurídica. p. 19). Essa noção não está restrita à civilística. No direito administrativo, a boa-fé — princípio fundamental no tema de “Direito justo” — tem relevantíssimas consequências, em especial no que concerne aos efeitos da nulidade de certos atos. O “*Direito justo*”, no Direito constitucional, conduzirá às idéias de igualdade, proporcionalidade, razoabilidade e controle; no Direito processual, levará às noções de imparcialidade do juiz, refletindo-se, ainda, no amplo espaço reservado à tutela do contraditório; em matéria penal, conduzirá à percepção de que a pena deve ser recebida como justa no caso concreto, iluminando, pois, o antigo debate acerca da proporcionalidade das penas.

Assim, a regra da calibração procura adequar o funcionamento do sistema ao meio ambiente que com ele interage. *Mutatis mutandi* ao funcionamento da geladeira, cuja finalidade é resfriar o ambiente, o sistema jurídico, também, necessita de instrumentos de calibração para que a paz social e a segurança reinem na sociedade.

Para nada serviria o Poder Judiciário se suas decisões se desvirtuassem tanto da realidade que não pudessem ser executadas ou não surtíssem efeito prático para a resolução do litígio em análise. A importância do *feedback*, na atividade judicial, extrapola o âmbito do Poder Judiciário, atingindo, também, o Poder Legislativo, à medida que alimenta a atividade legislativa para a busca de novos padrões de conduta calibrados com a realidade social.

As regras de calibração ligam-se à idéia de porosidade do sistema normativo. Como sistema, as normas atuam num meio ambiente, a vida social, que lhes impõe demandas (pede decisão de conflitos). Para essa atuação ou funcionamento, as normas têm de estar imunizadas contra a indiferença, o que ocorre pela constituição de séries hierárquicas de validade, que culminam em uma norma-origem. Quando, porém, uma série não dá conta das demandas, o sistema exige uma mudança no seu *padrão* de funcionamento, o que se dá pela criação de nova norma-origem e, em consequência, de nova série hierárquica. O que regula essa criação e, portanto, a mudança de padrão são as suas regras de calibração. Graças a elas, o sistema muda de padrão, mas não se desintegra, continua funcionando. Essa mudança de padrão é dinâmica: o sistema vai de um padrão a outro, volta a um padrão anterior, adquire um novo, num processo de câmbios estruturais, cuja velocidade depende da flexibilidade e suas regras de calibração.

Conforme assinala Tércio Sampaio Ferraz (1994):

“Os sistemas normativos jurídicos conhecem inúmeras regras de calibração, que não chegam a formar um conjunto lógico. Mesmo porque, algumas constituem valores de dever ser, outros valores de ser. Portanto, postas umas ao lado das outras, elas mostram oposições de incompatibilidade. O princípio do *Nullun Crimen* significa: nenhum crime sem norma prévia; o princípio das exigências fundamentais: algum crime sem norma prévia. As regras jurídicas de calibração não só estatuem relações dinâmicas de imperatividade, mas também surgem e desaparecem na História, e têm por fonte a jurisprudência dos tribunais (regras jurisprudenciais: a prova cabe a quem alega), a doutrina (regras doutrinárias: normas jurídicas constituem uma ordem escalonada), a política (regras políticas: o princípio da maioria), a moral (regras morais: o princípio da boa-fé), a religião (regras religiosas: o princípio cristão da dignidade da pessoa humana), etc. Algumas desaparecem com o tempo ou, pelo menos, perdem expressividade e força, com a regra hermenêutica *in claris cessat interpretatio*, outras surgem, ganham força e até se sobrepõem a outras mais conhecidas, como é o

caso do princípio do *Disregard* ou da “*desconsideração da pessoa jurídica*”<sup>(36)</sup> para chegar à pessoa física que por detrás dela se esconde. Algumas passam a fazer parte do relato de normas, que as incorporam como seu conteúdo, como é o caso do princípio da moralidade no campo da administração pública (art. 37 da Constituição de 1988), o que lhes acrescenta à função calibradora a validade normativa, tornando o sistema do ordenamento ainda mais complexo” (grifo nosso).

Essa verdadeira estabilidade dinâmica permite-nos dizer que os sistemas normativos são *autopoieticos* <sup>(37)</sup>, isto é, sistemas cuja estabilidade se alimenta de si próprios tanto em face de perturbações externas quanto internas. Assim, por exemplo, quando, no interior do ordenamento, surge a configuração de um fato, cuja relevância jurídica se reconhece, mas para o qual não se encontra uma norma adequada (problema das lacunas), o sistema evoca uma regra de calibração na expressão do princípio segundo a qual é *defeso ao Juiz deixar sob o argumento de falta ou obscuridade da lei*.

No exemplo das lacunas (perturbação interna), o sistema é estabilizado por regras de calibração, que permitem um câmbio momentâneo de padrão de funcionamento em troca de sua manutenção: de um padrão de legalidade passa-se a um padrão de efetividade, voltando-se, em seguida, ao padrão de legalidade. No caso da lacuna, em sistemas normativos que não prevêem regras para o seu preenchimento — caso do ordenamento alemão —, o Juiz é, não obstante, até autorizado a inventar uma norma, contra o princípio de que ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Niklas Luhmann (1994) formulou uma teoria para aplicação da autopoiese no sistema social. Luhmann desenvolveu uma teoria da autopoiese para as ciências sociais, na qual os sistemas sociais são auto-referenciáveis e auto-reprodutivos.

(36) A teoria sob enfoque teve sua gênese no direito norte-americano, que, sentindo as inovações produzidas pelo capitalismo industrial, entre elas, o uso indevido das *corporations*, com vistas à consecução de fins ilegítimos, fundamentando-se na *equity* (equidade), passou a desconsiderar a pessoa jurídica para atingir a pessoa dos sócios que dela se estavam utilizando indevidamente. Essa doutrina recebeu diversas denominações, podendo-se citar, exemplificativamente, as seguintes: *disregard doctrine*, *disregard of legal entity* (desestimação da personalidade jurídica), *lifting the corporate veil* (desceramento do véu corporativo).

(37) *Autopoiese* é um processo em que o próprio sistema se organiza e se mantém. Os componentes do sistema, por meio da sua interação, geram, de forma recursiva, a mesma cadeia de funções que o caracteriza como sistema. Humberto Maturana e Francisco Varela, biólogos chilenos, cunharam o termo *autopoiese* para caracterizar aqueles sistemas que se mantêm mesmo havendo mudanças no meio ambiente, regenerando-se no curso do seu funcionamento. (MATURANA, H., and F. VARELA. *Autopoieses and cognition*. The realization of the living. Boston Studies in the Philosophy of Science: D. Reidel Publishing Co, v. 42, 1980).

#### 4.2 A modificação endógena do ordenamento jurídico

O debate sobre a produção da legalidade no ordenamento jurídico refere-se à questão de se saber se o Direito possui um universo próprio ou uma autonomia própria. A norma jurídica, ao imputar um comportamento sob o prisma do dever-ser, suscita, também, questões relativas à vigência, validade e eficácia da norma. Na busca da dinâmica jurídica, Kelsen não considera a ciência do Direito como o estudo da norma, mas como a abstração da norma. Luhmann aproxima-se de Kelsen ao estudar a racionalidade jurídica como uma ordem auto-substitutiva controlada pela dogmática.

A moderna teoria de sistema afirma que a sociedade cria sistemas parciais, que, por meio de um processo de diferenciação interna, constroem instituições que auto-regulam o sistema conforme as exigências do meio social.

De acordo com a orientação funcionalista da sistemática, o objeto estudado é a relação entre o sistema e o meio que o circula e com o qual troca informações. Por isso, o sentido da auto-regulação compreende não só a adaptação do sistema jurídico às exigências relevantes do meio, como também a produção de *outputs* que visem a transformar o meio em aspectos relevantes para o sistema, visto que o Direito não é apenas instrumento de controle, mas, também, de transformação social.

A auto-substitutividade do sistema jurídico traduz-se em organizações e em seleção de informações conforme as leis internas do próprio sistema. Luhmann (1980), estuda particularmente essa função em outra obra sua: *Legitimação pelo procedimento* (*Legitimation durch Verfahren*).

De fato, como em toda a estrutura formal, existe uma técnica responsável pela reprodução do material legislativo que compõe a própria estrutura do sistema, gerando uma série de continuidades e descontinuidades dogmaticamente controláveis. Como Luhmann diz, somente Direito pode substituir Direito, por meio de uma técnica que determina as possibilidades de conexão e de inserção do material que é produzido.

O fundamento da auto-substitutividade do ordenamento jurídico, ao fixar as referências e condições da construção de propostas de mudança no sistema, referências e condições essas que estão sempre dentro do Direito vigente, cria uma importante distinção temporal no sistema jurídico, expressa pela sucessão de estados de validade, direitos e obrigações.

É na reprodução de direitos que o princípio da autonomia da vontade realiza sua função característica. Por esse princípio, a ordem jurídica incorpora a criação de Direito, sendo renovadora mediante a da capacidade de iniciativa validamente conferida à manifestação da vontade individual. Por meio da norma *pacta sunt servanda*, ocorre a vinculação entre a relação criada pelo ato jurídico e os efeitos jurídicos conferidos pelo ordenamento.

Aqui voltamos a perceber o controle dogmático exercido pelo esquema regra/exceção, na medida em que, de acordo com as normas do próprio sistema, são estipuladas diversas regras nos códigos, que, mesmo direcionando planos gerais de comportamento, permitem que a convenção individual altere esses planos, contrariando de modo diverso da regra. Como por exemplo, entre várias presentes nos códigos, podemos citar a regra de que nas obrigações de dar coisa incerta a escolha cabe ao devedor, havendo, contudo, a exceção de se poder estipular em contrário. Quanto ao tempo e lugar do pagamento das obrigações, igualmente existem disposições esquematicamente semelhantes, podendo os exemplos serem listados em grande número (art. 875 do Código Civil).

E não é só no direito privado que o ordenamento se reproduz. No direito público, constatamos a figura da delegação de poder normativo, que confere ao órgão do Executivo e do Judiciário a função de elaborar normas, de criar Direito.

Porém, da mesma forma que o sistema permite sua reprodução de acordo com normas internas, essas mesmas normas contêm uma série de limitações à auto-reprodução, como condições de validade que devem ser obedecidas, como os requisitos de validade do ato jurídico, bem como, no caso da delegação de poder normativo, só é legítima se conferida dentro de certos limites, padrões ou *standards* previamente definidos.

Concluindo, podemos afirmar que, ao lado da premissa lógica de que o Juiz não pode deixar de decidir, o princípio da auto-reprodução do Direito é uma exigência funcional presente em sistemas jurídicos de sociedades complexas, nas quais o grau de interdependências externas (isto é, a capacidade de se fazer sentir, no todo, os efeitos de transformações na parte) condiciona uma dinâmica especial do sistema jurídico, que se expressa em uma racionalidade própria.

Sábias, pois, as colocações do autor português Castanheira Neves (1993:222), retratando a necessidade da dinamicidade do sistema jurídico em face da mutabilidade do objeto cultural jurídico:

“Um sistema só pode fechar-se sobre si se for pensado como um sistema estático referido a um ‘objeto’ também correlativamente estático; mas, se o objeto se revelar com um dinamismo (desde logo o dinamismo do histórico), que o mantém permanentemente aberto à mutação e à aquisição, então certamente que ou o sistema se continua a pensar estático e *terá de renunciar à sincronização com o objeto*, e, portanto, a dominá-lo com suas regras, ou o sistema pretende essa sincronização e *terá de assumir um dinamismo correlativo ao dinamismo do objeto* — de manter-se, como ele, aberto à mutação e à aquisição. E neste caso, decerto que o dinamismo só vem ao sistema se ele aceitar a medição de actos intencionalmente aquisitivos que lhe vão assimilando as pressuposições exigidas pelo dinamismo objectivo. Por isso, reconhecer a integração por critérios normativos que transcendem a lei, mesmo naquele domínio que se poderá dizer formal-

mente coberto pelo sistema legal, não é desobedecer à lei, é antes enriquecê-la daquele modo de que ela necessita para ser um instrumento normativo capaz de se desempenhar da sua própria função de Direito, de concorrer na realização do direito através da decisão juridicamente adequada dos casos concretos” (grifo nosso).

Em suma, como sistemas dinâmicos, os ordenamentos têm uma alta mobilidade, neles tudo está em movimento, de onde decorre a dificuldade de operar com eles (tarefa da dogmática). Com inspiração na analogia elaborada por Carrio (1970: 15-20)<sup>(38)</sup>, eles se comparam, enquanto sistema, a um jogo de futebol, no qual não só os jogadores, a bola e os árbitros se movimentam, mas, também, as linhas do campo e as traves mudam de posição. Cabe ao jurista, com base na ciência dogmática, operar a possibilidade do jogo. Para isso, ele necessita de conceitos operacionais dinâmicos, sem os quais os conflitos sociais seriam de difícil solução. Embora dinâmicos, esses conceitos possibilitam alguma forma de estabilidade (estabilidade na mudança), mantendo a integridade do ordenamento no curso das necessidades do sistema jurídico.

---

(38) No capítulo II, intitulado “Un modelo no jurídico”, ao explicar as funções dos princípios, Carrio utiliza-se do chamado princípio da vantagem do futebol (“*ley de la ventaja*”) para estabelecer as quatro características básicas dos princípios do ordenamento jurídico, a saber:

i) “*Versa sobre la aplicación de otras reglas del juego*” (*la del hand, las del foul, la del off side, la de la jugada peligrosa*). Se la puede considerar, pues, como una regla de segundo grado.

ii) “*Se dirige primordialmente a los árbitros*”, o a quienes hacen sus voces, y no los jugadores en cuanto tales, en el sentido de que impone un deber a los primeros — el de no sancionar ciertas infracciones — sin alterar, por lo menos en lo que aquí interesa, el status normativo de los segundo. Habría mucho de decir acerca de esto, pero no cabe duda de que no solo sería falso sino también ‘absurdo — sin sentido’ sostener que porque en virtud de la ley de la ventaja no se sanciona el ‘fouls’ ineficaz del defensor de nuestro ejemplo, ella confiere a dicho jugador el derecho a cometer ‘fouls’ ineficaces y solo le veda incurrir en jugadas bruscas exitosas.

iii) “*Sirve para justificar la introducción de excepciones a las reglas de primer grado*” (*la del ‘hand’, las del ‘foul’, la del off side, la de la jugada peligrosa*); para restringir el alcance de éstas; para justificar la actitud del árbitro cuando no sanciona algo que, según esas reglas, constituye una infracción patente.

iv) “*Presenta cierto grado de neutralidad tópica o, contra otras palabras, de indiferencia de contenido*”, toda vez que se la usa para restringir el ámbito de reglas que prohíben conductas heterogéneas (v. gr.: *tocar la pelota intencionalmente con la mano; hacerte una zancadilla a un jugador contrario; levantar excesivamente la pierna en la vecindad de un integrante del equipo rival; etc.*)”



*Bibliografia*

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable — um tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. “Interpretação”. *Ajuris*. v. 16, n. 45, p. 7-20.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução por Miguel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ALVES, José Carlos Moreira. “Instalação de assembléia nacional constituinte”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 24, n. 93, mar./jun., 1987.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria geral dos sistemas*. Tradução por Francisco M. Guimarães. Petrópolis: Vozes, 1973.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: EdUnB, 1994.
- BURDEAU, Georges. *Traité de science politique*. Paris: Librairie générale de Droit et de la Jurisprudence, 1966.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. [S.L.]: Almedina, 1993.
- CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- CASTANHEIRA NEVES, Alfredo. *Metodologia jurídica — problemas fundamentais*. Universidade de Coimbra: Coimbra, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- EASTON, David. *A framework for political analysis*. New Jersey: Prentice Hall, 1965.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução por João Baptista Machado. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “A validade das normas jurídicas”. *Seqüência*, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, n. 28, 1994.
- . *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. [S.L.]: Atlas, 1996.
- FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga*. Tradução por Souza Costa. Lisboa: Clássica, 1929.

- GARMENDIA, José. *Dicionário de ciência sociais*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1986.
- HASSEMER, Winfried. "O Sistema do Direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. *Ajuris*, n. 36.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução por João Baptista Machado. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LARENZ, Karl. *La filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. Tradução por E. Galán Gutiérrez e Truyol Serra. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- . *Metodologia da ciência do Direito*. Tradução por José Lamego. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.
- . *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Tradução por Luiz Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1985.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos Eduardo. *Introdução ao pensamento e à obra jurídica de Karl Larenz*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução por Maria Conceição Corte Real, Brasília: EdUnB, 1980.
- . *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- . "O enfoque sociológico da teoria e prática do Direito". *Seqüência*, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, n. 28, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*. 2ª ed. reimpressa. Coimbra: [S.N.], 1987.
- PARSONS, Talcott. *The social system*. Glencoe: Free Press III, 1951.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Tradução por A. M. Botelho. Lisboa: Hespasla, 1980.